REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678
Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772
CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOUTRINA

ATUALIDADES

MERCOSUL

TEXTOS CLÁSSICOS

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

COMISSÃO ABPI DO MERCOSUL. "Relatório n. 3" na *Revista da ABPI*, 1992, n. 4, p. 12-13.

DELEUZE, Jean-Marie. *Le Contrat de Transfert de Processus Technologique: Know-how*, 2.ª ed., Paris: Masson, 1979.

DHANJEE, Rajan e CHAZOURNES, Boisson de. "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS): Objectives, Approaches e Basic Principles of the GATT and Intellectual Property Conventions", no *Journal of World Trade*, 1990, v. 24, n. 5, p. 5-15.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional Privado*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

ETCHEVERRY, Oscar. Temas de Propriedade Industrial na Jurisprudência de Paises Latinoamericanos, no *Derechos Intelectuales*, v. 2, Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 74-90.

FAERMAN, Silvia F., e O'FARREL Ernesto. La Obligación de Explotar en Nuestra Legislación de Patentes, no *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 57-73.

GARCIA, Hector A. "Los Temas Nuevos en La Ronda Uruguay de Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): um intento de respuesta a las posiciones de los paises industrializados", s.l., CEPAL, LC/R. 867, 1990.

LABRUNIE, Jacques. Licença Obrigatória e Caducidade de Patentes: As Modificações Geradas pelo Texto de Estocolmo da Convenção de Paris, na *Revista da ABPI*, 1993, n. 07, p. 17-18.

RIPPE, Siebert. *La Propriedad Industrial en el Uruguay*, Montevidéu: Fundação de Cultura Universitária, 1992.

S.A. "Caça aos piratas", no *Mercosul – Revista Mensal de Negócios*, 1993, n. 17, p. 7.

SINNOT, John. "The Paris Convention of 1883 in a historical perspective", no *Managing Intellectual Property*, s.l., Euromoney Publ., 1991, p. 29-33.

SUBGRUPO 07, *Relatórios de Atividades* n. 01 e 02 s.l., 1993.

STEWART, Terrence P., *The GATT Uruguay Round: a negotiation history (1986-1992)*, Amsterdã: Kluwer Law and Taxation, 1992.

TEXTOS CLÁSSICOS

PERFIS DA EMPRESA

(Alberto Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v. 41, I.)

FÁBIO KONDER COMPARATO*

1. Premissa

Nos primeiros contatos com o novo Código Civil sobre o tema da empresa, criou-se uma certa desorientação. Não agradou a muitos que o Código não tenha dado uma definição jurídica da empresa. Menos encorajante pareceu a posição discordante tomada pelos comentaristas do Código,[1] a qual prestou-se às mesmas ironias sobre a obra dos juristas. É preciso superar este estado de ânimo de insatisfação, verificando as coisas como são.

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As

(*) Autor da tradução e notas.

(1) Soprano, Il Libro del Lavoro nel Nuovo Civile, Torino, 1942, "Empresa é o exercício profissional de uma atividade com fins de produção ou troca" (p. 65); "o estabelecimento é parte da empresa que pode ser desagregada do todo" (p. 67); Mossa, Trattato del nuovo diritto commerciale, Milano 1942 ("Empresa é organismo que vive do trabalho e de coisas materiais e imateriais, destinadas à comunhão de homens e superiores hierárquicos, com o escopo da economia social" (p. 165); "Nós empregamos o termo único de empresa, porque azienda não quer dizer nada de diferente (p. 337, nota 3); Carnelutti, Le nuove posizioni del diritto commerciale, nesta Revista[NT], 1942, I, 67. "A empresa é um ato, o estabelecimento, inato; o estabelecimento é um ente, a empresa, (p. 18); Greco, Profilo dell'impresa economica, 1942. "A empresa é instituição enquanto "Organização constitutiva de um núcleo social" (p. 14) e o estabelecimento é "uma parte da empresa" (p. 18); Santoro-Passarelli, L'impresa nel Códice Civile, nesta Rivista, 1942, I, 376. "A empresa é o estável estabelecimento produtivo, de grande e média dimensão" (p. 390).

(NT) Todas as vezes que se encontrar, no texto, a palavra *Revista* entenda-se "Revista Del Diritto Commerciale" onde este artigo foi publicado em seu original, no fascículo I – vol XLI em 1943.

definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (direito comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário), se considera a empresa na sua realidade econômica unitária (matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. O intérprete pode corrigir algumas incertezas da linguagem do código, porém sob a estrita condição de não confundir os conceitos que é necessário ter distintos e especialmente aqueles que o código manteve distintos. Para se chegar ao conceito econômico de empresa deve ser o ponto de partida; mas não pode ser um ponto de chegada.

2. A empresa no sentido econômico

O conceito econômico de empresa feito pelo Código Civil é aquele do ordenamento corporativo que é um ordenamento com base profissional.

Tal como o conceito econômico de empresa refere-se essencialmente à economia de troca, pois somente na órbita da economia de troca, a atividade do empresário pode adquirir caráter profissional. É portanto empresa no sentido do Código Civil, toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca.[2] Não são empresas no sentido do Código Civil, aquelas formas de organização da produção que, também, empregando trabalho e eventualmente capital de terceiros e possuindo uma estrutura técnica análoga àquela de empresa operante para a troca, são destinadas a prover exclusivamente o consumo direto do empresário (cultivo de um fundo para as necessidades exclusivas familiares do produtor, construção de uma casa com base na economia para o uso do construtor; exercício da navegação).[3] A doutrina econômica da empresa faz parte da dinâmica da economia, pois o fenômeno da produção se desenvolve necessariamente no tempo e é sobretudo em relação à variação no tempo, do resultado útil da empresa para o empresário (risco da empresa), que o trabalho organizado do empresário assume relevo econômico. O risco da empresa – risco técnico inerente a cada procedimento produtivo, e risco econômico, inerente à possibilidade de cobrir, os custos do trabalho (salários) e dos capitais (juros) empregados, com os resultados dos bens ou serviços produzidos para a troca[4] – faz com que o empresário se reserve um trabalho de organização e de criação para determinar de acordo com adequadas previsões o modo de atuação da produção e da distribuição dos bens. É esta a contribuição típica do empresário; daí aquela especial remuneração do empresário chamada lucro (margem diferencial entre os resultados e os custos) e que constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico.

(2) Conforme o conceito de empresa na economia moderna, segundo a ciência econômica: Papi, "Lezioni di economia politica e corporativa, 1940, p. 99; Vito, Economia politica corporativa, p. 56 e s.; De Francisci Gerbino, Economia politica corporativa, p. 324.

(3) Código da navegação, Livro I, Tít. II, do qual resulta que o conceito de "empresa de navegação" tem relação com o fato técnico do armamento do navio, independentemente do escopo econômico do exercício da navegação.

(4) Sobre o conceito de risco de empresa vide Carnelutti, "Il concetto di impresa nella legge sugli infortuni", I, p. 74; Asquini, "Il contratto di trasporto di persone", 1915, p. 23; Wieland, "Handelsrecht", I, p. 145.

Também, na economia de troca a função do empresário é uma função criativa de riquezas e não somente intermediária. Verdade é que através da atividade do empresário emprega-se o trabalho e o capital, disponíveis no mercado e assim é satisfeita a demanda dos bens e serviços, por parte do mercado. Mas, aos bens ou serviços fornecidos pelo empresário ao mercado, são incorporados não somente o trabalho de execução e os capitais empregados, mas também o trabalho organizado e criado pelo empresário.

Isto vale qualquer que seja o objeto da empresa; consista este na transformação dos bens preexistentes em novos bens ou serviços, como ocorre na atividade agrícola e industrial, ou no aumento da utilidade dos bens já existentes, através da sua distribuição no mercado de consumo, como ocorre na atividade comercial (intermediadora) em sentido estrito; opere a empresa no mercado de mercadorias, como ocorre no campo da atividade agrícola, industrial ou comercial, ou opere no mercado de capitais, como acontece no campo da atividade bancária e de seguros. A função organizadora do empresário é mais evidente nas empresas de maiores dimensões – grandes e médias empresas – nas quais o trabalho de organização do empresário se destaca nitidamente do trabalho dos seus dependentes, mas subsiste também na pequena empresa, na qual a prestação do trabalho pessoal do empresário e de seus familiares prevalece sobre o emprego do trabalho dos demais, além do emprego de capitais, mas não exclui, em escala reduzida, o emprego de trabalho ou mesmo de capitais.

Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar a sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho. A extensão da duração da empresa é, além disso, inerente ao próprio objeto da empresa (Ex.: construção de uma estrada, fornecimento periódico de mercadorias). A empresa imediatista pode portanto ser tomada em consideração pela economia, somente como um fenômeno marginal.[5]

(5) O fenômeno econômico da empresa foi particularmente estudado pela ciência econômica no sistema da economia liberal, que teve no século XIX – o século da revolução industrial – o seu apogeu, e que marcou a definitiva passagem da fase da economia artesanal para a fase das grandes concentrações de capital e de trabalho, modernos (grandes indústrias, grandes comerciantes, grandes organizações bancárias etc.). Mas a empresa é a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada. Diferente somente é, no ordenamento. No sistema da economia liberal, a iniciativa privada na empresa estava sujeita somente às leis naturais do mercado enquanto o Estado se reservava essencialmente a função de garantir a ordem na concorrência (que, diante das dimensões assumidas pelas crises econômicas na moderna produção em massa, acabou por terminar, na realidade, em desordem). Onde, como na Rússia, o desmoronamento da economia capitalista privada levou à instauração de uma economia capitalista coletivizada, a empresa tornou-se parte da organização monopolista da produção por parte do Estado e, como tal opera, sobre bases e planos políticos mais ou menos

3. A empresa na legislação anterior ao novo Código Civil (Código de 1865, Código Comercial, legislação de infortunística) segundo o ordenamento corporativo e o novo Código Civil

É de relevar-se que o conceito de empresa, entrando no Código Civil segundo o ordenamento corporativo, com o significado econômico supra citado, destacou-se dos diversos significados que a palavra "empresa" tinha na legislação anterior.

No Código Civil de 1865, que retratava o Código Napoleônico, empresa era na *Locatio operis* (*contrat d'entreprise*) a prestação do *conductor operis* (empresário) (art. 1627 n. 3); enquanto na *locatio operarum*, empresa era um dos possíveis termos de referência para a determinação das *operae* advindas da *locatur operarum* (art. 1.628), no qual aparecia, como empresário, o fornecedor de trabalho (*conductor operarum*).

No Código Comercial o conceito de empresa era adotado no sentido econômico, como organização da produção para a troca, porém somente sob o perfil dos atos objetivos de comércio (prescindindo, portanto, do elemento profissional)[6] e só no limitado setor da produção industrial, excluindo o artesanato (art. 3.º, n. 6, 7, 8, 9, 10, 13, 21); enquanto a profissionalização da atividade do empresário tornar-se-ia relevante somente por conferir ao empresário a qualidade de comerciante (art. 8.º).

Na legislação de infortunística, no setor da indústria, é considerada empresa qualquer organização produtiva que empregue mais de cinco operários e, nestes limites, empresário é sinônimo de empregador, ainda que produza exclusivamente para o próprio consumo (t. u. 31.01.1904, n. 51).[7] Em sentido análogo, na legislação infortunística, no setor da agricultura é usada a palavra *azienda*, prescindindo-se até do requisito mínimo do emprego de cinco operários (r. d. 23.8.17).

Foi o ordenamento corporativo que adotou, pela primeira vez em nossa legislação, o conceito de empresa no seu significado econômico-técnico de organização da produção, para a troca, com referência a cada setor da economia, reconhecendo e identificando em relação a tal conceito, as diversas categorias profissionais: empregadores ou empresários de um lado; empregados, dependentes da empresa, de outro.

Neste sentido as palavras "empresário" e "empresa", que não aparecem ainda na primeira lei de 03.04.1926, n. 526, são usadas na legislação corporativa subseqüente (r.d. 1 *luglio* 1926, n. 1130; 5.d. 06.05.1928, n. 1251; l. 25.01.1934, n. 150, C. P. art. 330, 331) e sobretudo na "Carta del Lavoro" (*Dich.* VII, XVI, XVIII, ecc.). Neste sentido, o conceito de empresa entrou no novo Código Civil, como expressamente declarado na exposição de motivos: "O conceito de empresa acolhido pelo código é aquele da 'Carta del Lavoro', não ligado a setores particulares da economia, porém abrangendo cada forma de atividade produtiva organizada; agrícola, industrial, comercial, creditícia; nem ligado a especiais dimensões quantitativas, porém envolvendo a grande e média empresa, assim como a pequena empresa do cultivador direto do fundo, do artesão, do pequeno comerciante, salvo, para a pequena empresa as particularidades do seu estatuto."

4. Diversos perfis jurídicos

Afirmar, porém, que a noção de empresa entrou no novo Código Civil com um determinado significado econômico, não quer dizer que a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica. A exposição de motivos do novo código assumiu o seu dever político, definindo os termos econômicos segundo os quais o conceito de empresa foi introduzido no novo código. Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete, como advertiu corretamente Santoro-Passarelli, no fascículo precedente desta Revista. Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico de empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Donde, para indicar um aspecto jurídico próprio de empresa econômica, o código adotou um particular *nomem juris*, que deve ser respeitado. Nos demais casos, onde a palavra empresa é usada pelo código – por prática de linguagem ou por pobreza de vocabulário – com sentido jurídico diverso, cabe ao intérprete aclarar os diferentes significados. Neste sentido são as considerações que se seguem, voltadas para reter a atenção sobre os

tro do mercado. Na maior parte dos países, também daqueles supostos liberais, nos quais a superação da economia do século passado levou à instauração de uma economia controlada, qualquer que seja o sistema, a empresa ficou com regra confiada à iniciativa privada, mas sobre a base dos planos individuais coordenados pelo Estado no interesse coletivo. Por estes princípios é particularmente influenciado o nosso sistema econômico corporativo, segundo a "Carta Del Lavoro", que considera a empresa privada como "o instrumento mais eficaz e mais útil no interesse da nação" (Dich. VII). Somente "quando falte ou seja insuficiente a iniciativa privada, ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado", a empresa privada é substituída pela empresa pública com a gestão direta do Estado (Dich. IX). Não é verdade, portanto, que no regime de economia corporativa do empresário privado, este se transforme em um funcionário público na máquina econômica burocrática do Estado, sem o próprio risco. Também em regime de economia corporativa a empresa privada goza de uma esfera própria de autonomia e o empresário desenvolve sua iniciativa com o próprio risco, o que implica um trabalho criativo e organizado, baseado no "lucro" que é a sua específica remuneração. Somente, a aplicação do princípio do risco e do proveito não fica mais entregue ao jogo mecânico das leis econômicas em função das condições de concorrência e de monopólio, no qual opere a empresa, mas, vem moderada politicamente pelo Estado, de acordo com os fins superiores do interesse nacional. Em relação a estes fins há novas formas ou ao menos novas posições sobre a organização do trabalho na empresa, considerando-se os empregados na empresa como colaboradores do empresário a serviço de um interesse comum. Isto pode influir sobre a própria estrutura jurídica da relação de trabalho, que pode assumir formas de associação em lugar de uma relação de troca (como acontece na organização da empresa agrícola em forma de parceria), mas influi de qualquer forma sobre o aspecto institucional da empresa e portanto da relação de emprego, também quando este conserva, sob o aspecto patrimonial, a estrutura de uma relação de troca (assalariado) (n. 14). Neste sentido a empresa corporativa perde aquele caráter individualista e especulativo que tem a empresa na economia liberal, para assumir uma função não somente econômica, mas também política e ética (cf. Papi, op. cit., p. 108; Vito, op. cit., p. 60; De Francisci Gerbino, op. cit., p. 353).

(6) A empresa, como ato objetivo de comércio, era prevalentemente considerada sob o perfil de ato de intermediação na troca de trabalho, Bolaffio, Commentario, I, n. 40, Rocco, Principi, n. 46; Carnelutti, "Il concetto d'impresa" cit., p. 56, nota 2.

(7) Carnelutti, idem, p. [illegible]

código considera o fenômeno econômico da empresa.

Adiante veremos, espero, que estes perfis não sejam redutíveis àqueles do tempo e do espaço, como pretendera o sistema dualístico de Carnelutti,[8] nem mesmo a um problema de dimensão, como queria Santoro-Passarelli.

5. Perfil subjetivo: A empresa como empresário

O Código Civil e as leis especiais consideram, com freqüência, a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário (CC 2070, 2188, 2570; lei falimentar arts. 1.º, 2.º, 195, 166, 202, 205 etc.; r.d. 1.7.26, n. 1130, art. 8; r. 6 de maio art. 2; d.m. 11.01.1931 sobre o enquadramento sindical etc.).

Algumas leis usam como sinônimo de empresário, também, a palavra "azienda": ex. r.d. 16.08.1934, n. 1386 sobre o enquadramento dos estabelecimentos que exercitam o crédito e o seguro. Trata-se de metonímia justificada pelas considerações de que o empresário não somente está na empresa (em sentido econômico), como dela é cabeça e alma. Isto não impede na linguagem jurídica, o uso da palavra "empresa" por "empresário", é um traslado que pode ser evitado ainda que o empresário seja pessoa jurídica (neste sentido também o código, art. 2221).[9]

6. Noções de empresário

A definição de empresário, segundo o código, resulta do art. 2082 – "É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços". Emerge desta definição (malgrado alguma imperfeição, inevitável a todas as definições) a direta referência da noção jurídica do empresário à noção econômica de empresa, como acima mencionada.

Da análise da definição do art. 2082 resulta, segundo o código, que empresário, é:

a) "quem exerce", isto é, o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, pessoa jurídica privada ou pública) que exerce em nome próprio: portanto, se é gestão representativa, o representado, não o representante; a pessoa jurídica, não os órgãos sociais, através dos quais a pessoa jurídica explana sua atividade;

b) "uma atividade econômica organizada", isto é, uma atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato. Não é, portanto, empresário, quem exerce uma atividade econômica às custas de terceiros e com o risco de terceiros. Não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual. Não é ainda empresário quem exerce uma simples profissão (o guia, o mediador, o carregador etc.) nem de regra, quem exerce uma profissão intelectual (o advogado, o médico, o engenheiro, etc.) a menos que o exercício da profissão intelectual "dê lugar a uma atividade especial, organizada sob forma de empresa (art. 2238), como no caso do exercício da farmácia, de um sanatório, de uma instituição de ensino etc. A noção de empresário não é porém dependente de uma particular dimensão da empresa econômica. Diferentemente do que previá o projeto do Código Comercial de 1940, que distinguia entre "empresa" (*Unternehmen*) (art. 1.º) e "exercício profissional" do artesão e do pequeno comerciante (art. 2.º) (*Gewerbebetrieb*), para o novo Código Civil (art. 2083) qualquer um que exercite uma atividade organizada, ainda que de modestas dimensões, é empresário, seja mesmo com um estatuto especial: aquele do pequeno empresário – o cultivador direto de fundos, o artesão, o pequeno comerciante, dele são exemplos. O pequeno empresário distingue-se do empresário ordinário, somente pela prevalência que, na organização da pequena empresa, tem o percentual representado pelo trabalho próprio do empresário e de seus familiares, em relação àquele representado pelo trabalho alheio ou mesmo pelo capital próprio ou alheio. Neste sentido, especificação contida no art. 1.º da lei falimentar tem caráter interpretativo, não inovativo, com respeito ao art. 2083.[10]

c) "Com o fim de produção para a troca de bens ou serviços" mais corretamente: "com o fito da produção, para troca, ou troca, de bens ou serviços". Disto resulta a essencial referência da noção de empresário, ao conceito econômico de empresa operante para o mercado (n. 2).[11] Porém qualquer organização produtiva com o fim de troca, dá lugar a uma atividade empresarial. A distinção entre "produção para a troca" e "troca" pura e simples, dada pelo art. 2082 é uma distinção empírica, em relação à tradicional distinção dos dois momentos econômicos da produção e da distribuição dos bens. Mas também a distribuição de bens, isto é, a sua aproximação do mercado de consumo, é uma forma de aumento da sua utilidade, isto é, uma forma de produção. Em resumo, com as palavras "com o fim de produção ou troca, de bens ou serviços", o código quer dizer que o conceito de empresário deve referir-se a qualquer setor da economia: agrícola, industrial, comercial, creditíceo etc., salvo o reagrupamento das diversas figuras do empresário, em relação ao objeto da atividade empresarial, nos dois tipos fundamentais, de empresário agrícola e empresário comercial, em razão de tratamento legislativo diverso.

[8] Carnelutti, "teoria generale del diritto", 1940. A força e a fraqueza da Teoria de Carnelutti estão em seu modo de conceber o direito, que dá mais crédito à lógica do que à história. Método de efeitos certamente simplificadores, quando usado por um grande mestre como Carnelutti; mas método que esconde a relatividade histórica dos conceitos puridicos, que também é essência do direito. O conceitualismo de Carnelutti, fundado sobre categorias do tempo e do espaço, é linear e coligado; mas postula um ordenamento jurídico desmembrado da história, isto é, ... fora do tempo e do espaço.

[9] Concorda neste relevo: Carnelutti, "Le nuove posizioni"; Santoro-Passarelli, loc. e cit.

[10] A interpretação do conceito do pequeno empresário dada pela lei falimentar (no sentido que vem presumido o pequeno empresário, *iuris et de iure*, aquele que demonstra achar-se nas condições suficientes, não necessárias – nele previstas) explica portanto a sua eficácia também em outros limites do instituto falimentar. C. Bigiavi, "Sulla nozione di piccolo imprenditore", Dir. Fall. 1942, II, p. 188 – A esta mesma tese junta-se GRECO, Profilo, p. 25, MOSSA, Foro it., 1942, I, 1129; FERRARA, "Gli impreditore e la società" 1942 – 26, 27; SANTORO, PASSARELLI, nesta Revista, 1942, I, p. 384, mesmo considerando a disposição da lei falimentar derrogadora, não interpretadora do Código Civil. Discordantes no sentido que o conceito do pequeno empresário dado pela lei falimentar explicaria o seu efeito somente nos limites de aplicação da lei falimentar. ANDRIOLI, "Sul piccolo imprenditore", Foro it. 1942, 769-797; SATTA, "Istituzioni di diritto fallimentare"; 1943, p. 28; JAEGER, "Il piccolo imprenditore, nesta Revista, 1942, II, 290; VALERI, "Brevi note", neste fascículo, p. 51.

[11] A dúvida manifestada, a propósito, por Santoro-Passarelli cit., p. 387, nota 49, não tem razão de ser, tendo em conta o art. 2070

d) "profissionalmente", isto é, não ocasionalmente, mas com caráter de continuidade. Do que se confirma o disposto no art. 2070, que desejando estender a eficácia do contrato coletivo de trabalho também às relações de trabalho relativas ao exercício, não profissional, de uma atividade organizada, considera o caso como estranho à esfera da empresa.

No conceito da profissionalidade surge como elemento *natural*, porém não *essencial*, o fim de lucro (proveito) como motivo da atividade do empresário (n. 2).

Isto está em perfeita harmonia também com os princípios da "Carta del Lavoro", que reconhece expressamente o serviço social prestado pelo empresário (Dich. VII). O abrogado Código Comercial distinguia entre simples fim de produção para troca (fim de intermediação) essencial à empresa como ato objetivo de comércio (art. 3)[12] e finalidade especulativa essencial ao conceito de empresário *profissional*, isto é, de comerciante (art. 8.º). O novo código deixou estas posições. Enumerou, de fato, entre os empresários também os entes públicos que exercem uma atividade econômica organizada com fim de produção e de troca de bens ou serviços (arts. 2093, 2201), independentemente da circunstância de que estes se propunham a um fim de lucro, como remuneração das atividades empresariais. É, portanto, certo que segundo o novo código, o conceito da profissionalização da atividade empresarial reduz-se ao conceito da sua continuidade, enquanto o elemento fim de lucro surge em tal conceito somente como elemento natural e não essencial.[13]

7. Perfil funcional: A empresa como atividade empresarial

E razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. O projeto do Código Comercial de 1940 dava, efetivamente, a noção de empresa sob este perfil, considerando a empresa como um particular modo de atividade econômica: "atividade organizada para a empresa" (art. 1.º). Também o novo Código Civil usa muitas vezes a palavra "empresa" com este significado; assim, todas as vezes que fala do exercício da empresa, do início da empresa, da duração da empresa (arts. 2084, 2085, 2196, 2198, 2203, 2204 etc), a exposição ministerial expressamente assinala que a empresa em sentido funcional "é a atividade profissional organizada do empresário". No mesmo sentido a palavra empresa é usada, também, por outras leis (por exemplo CP art. 330). É este, enfim, o sentido que ao conceito de empresa – como fato – jurídico – atribuiria Carnelutti (em contraposição ao conceito da *azienda* como situação jurídica).[14]

Em virtude de nosso vocabulário não dispor de uma outra palavra, simples como a palavra empresa, para exprimir o conceito de atividade empresarial, não é fácil resistir ao uso da palavra empresa em tal sentido, conquanto não seja um uso monopolístico.

[12] Vide autores citados na nota n. 5.

[13] Conf. Greco, Profilo, p. 30.

[14] Carnelutti, "Le nuove posizioni" cit., p. 08 Cf. Navarrini, "Tratt". I, p. 228, nota 3. A distinção de Carnelutti entre a empresa e o estabelecimento corresponderia à distinção que se faz na doutrina germânica entre *Die Unternehming e Das Unternehme.*

De qualquer forma, deixando de lado a questão das palavras, não há dúvida que o conceito da atividade empresarial tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial (n. 6); em segundo lugar porque da diversa natureza da atividade empresarial – agrícola ou comercial – depende a qualificação do empresário como empresário agrícola ou comercial (arts. 2135, 2195); em terceiro lugar, para a aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa.

8. Noções da atividade do empresário

Segundo as premissas econômicas expostas, o conceito de atividade empresarial implica uma atividade voltada, de um lado, a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e de outro, a realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos. A análise jurídica deste conceito já foi realizada, pelas razões da teoria da empresa como ato objetivo de comércio, segundo o abrogado código comercial. Segundo tal teoria consideravam-se como *operações fundamentais da empresa* as operações passivas destinadas à contratação e à organização do trabalho e às operações *ativas* voltadas para a troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos; e como operações *acessórias* da empresa, as operações auxiliares das precedentes. A conexão destas diversas operações explicava-se pelo fim, ou motivo, de organizar a produção para a troca (fim de intermediação).[15] Esta análise conserva todo o seu valor também em relação ao amplo conceito de empresa adotado pelo novo código civil; assim, vale também para o empresário agrícola, que é empresário enquanto organiza capital e trabalho, ou ao menos o trabalho alheio e enquanto dirige a produção, com o fim de troca.

A atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum.

A profissionalidade da atividade empresarial implica ademais o elemento da constância, no tempo, dessa série de operações e, normalmente, o seu pré-ordenamento com o fito de lucro, inerente, se não essencial, à empresa econômica. (n. 6. d).

Com base nesta análise, para afirmar-se a existência da atividade empresarial, é necessário caracterizar a existência das operações fundamentais da empresa. Para se chegar à existência do empresário é necessário constatar-se, além do mais, o caráter profissional da atividade empresarial. Identificada a existência de uma atividade empresarial profissional, todas as operações que lhe são funcionalmente conexas, adquirem o caráter de operações de empresa e estão, como tal, sujeitas à particular disciplina que o código dá, em relação à empresa (arts. 1330, 1368, 1722 etc.). Da natureza agrícola ou comercial da atividade empresarial, a norma dos arts. 2135 e 2195, CC, deriva pois a qualidade do empresário, como empresário agrícola ou comercial.[16] Com critérios análogos

[15] Vide autores citados [illegible]

[16] As noções de atividade comercial e de atividade agrícola são complementares. A noção de atividade agrícola serve na realidade somente para limitar o conceito de atividade industrial, do qual o art. 2195, n. I. Assim se pode dizer que no sistema do código cada atividade empresarial que não entre no conceito de atividade agrícola, é comercial, e que a subdistinção [illegible]

para as pessoas jurídicas públicas deve-se identificar se, e em qual medida o seu escopo visa ao exercício de uma atividade empresarial, com o fim de considerá-la institucionalmente empresarial (e como tal, em regra, enquadrá-la nas associações profissionais) ou então considerá-las empresariais "limitadamente à empresa exercida" (art. 2093).

Com critérios análogos, enfim, vai traçada a linha de demarcação entre sociedade (art. 2247) e comunhão de gozo de bens (art. 2248), porque a "atividade econômica", cujo exercício em comum tem por escopo dividir o lucro, definido pelo art. 2247 como objeto típico da sociedade, é exatamente a atividade empresarial, o qual, nas assim chamadas sociedades de fato, pode somente ser ocasional.[17]

9. Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como patrimônio "aziendal" e como estabelecimento*

O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário (direito sobre os bens de que o empresário serve-se relações com os empregados, com os fornecedores de mercadorias e de capitais, com a clientela): o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, constituída para o exercício de uma determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa jurídica serve àquele escopo). É notório que não faltam doutrinas tendentes à personificação do tal patrimônio especial tendentes a nele identificar "a empresa" como sujeito de direito (pessoa jurídica) distinto do empresário.[18] Mas esta tendência não foi acolhida nem no nosso, nem em outros ordenamentos jurídicos. O novo código (art. 2362) adotou, pelo contrário, medidas particulares para regular o fenômeno da sociedade por ações com um único acionista, com o fim de evitar que este meio indireto sirva para superar a personalidade do empresário: a física e a jurídica constituída por seu patrimônio, para o exercício da sua atividade profissional. Nota-se, também, que o nosso ordenamento jurídico tem sempre excluído e exclui toda construção tendente a fazer do patrimônio especial, de que estamos falando, um patrimônio juridicamente separado do remanescente patrimônio do empresário (patrimônio com escopo, *Sondervermogen*; *Patrimoine d'affection*).[19] Vale, a propósito, o princípio geral pelo qual cada um responde pela obrigação com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as limitações da responsabilidade admitidas pela lei (art. 2740 CC); e não há

descrita pelo art. 2195, tem somente caráter descritivo. Que além disso, o exercício das profissões intelectuais não é, em regra, considerado pelo código atividade empresarial, como resulta do art. 2238. C. Ferrara J., op. cit.

(17) Da natureza comercial da atividade empresarial, como objeto da sociedade, deriva a natureza comercial da sociedade, com o relevo que para a sociedade de fato a comercialidade está em função de uma atividade empresarial comercial e também ocasional. Neste sentido Valeri (*Brevi note*, neste fascículo, p. 46) agudamente observa que o ato objetivo de comércio sobreviva a certos efeitos do novo Código Civil.

(*) N.T. Neste perfil deve-se notar que as palavras estabelecimento e azienda são sinônimos.

(18) Endemann – Deutshe Handelsrecht, 15-17, Valery Annales de Droit Commercial, 1902 – n. 14.

(19) Bekker, Pandekken, I, 40 app. I, p. 134; Zweclrermogen etc., in Zeits – f. das Handelsrecht, IV, p. 499; Valery, loc. cit.

qualquer norma geral que derrogue tal princípio para o empresário. Também na falência e nos demais procedimentos concursais do empresário, concorrem todos os seus credores, qualquer que seja a causa do seu crédito, inerente ou não ao exercício das atividades profissionais do empresário (na falência há, é certo, um fenômeno de separação do patrimônio, mas segundo um diferente critério).[20]

A individualidade da organização patrimonial, a que dá lugar o exercício da atividade profissional do empresário, em relação ao remanescente do seu patrimônio, é todavia um fenômeno extremamente relevante para o direito, quando nada em relação ao efeito das particulares obrigações legais que incumbem ao empresário, em relação ao tal patrimônio especial (obrigação de um inventário especial, se o patrimônio pertence a menores, art. 365; obrigação de indicação analítica dos elementos de tal patrimônio no inventário de empresário comerciante, art. 2217) sobretudo em relação aos efeitos das múltiplas relações jurídicas que possam ter em mira tal patrimônio especial, na sua unidade orgânica, relações de gestão voluntária (mandato outorgado) e compulsória (administração jurídica); relações de transferências (venda, doação, conferência a sociedade, legado etc.); relações de gozo (usufruto, locação); relações de concorrência.

Tal patrimônio especial do empresário tem sido portanto, particularmente estudado pela doutrina[21] frente às seguintes considerações: que se trata de um patrimônio resultante de um complexo de relações jurídicas heterogêneas (reais, obrigacionais, ativas ou passivas) tendo objetos heterogêneos (bens materias, imóveis, móveis, bens imateriais, serviços); que o conteúdo de tal patrimônio especial é separado de tal maneira que nas relações jurídicas que o regulam e nas quais não atua a lei, (como nos casos de gestão compulsória), mas a vontade privada (gestão voluntária, transferências etc), esta pode abranger ou restringir o conteúdo de tal patrimônio discricionariamente (patrimônio bruto, patrimônio líquido dos débitos ou de alguns débitos etc); que, enfim a característica eminente de tal patrimônio é a de ser resultante de um complexo de relações *organizadas* por uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa de empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico (organização, aviamento), assim, tal patrimônio surge como uma entidade dinâmica, e não estática. A este patrimônio é dado o nome de *estabelecimento* concebida como *universitas iurium*.[22] Na realidade o estabelecimento, neste sentido, quer dizer *patrimônio aziendal*.[23]

10. E como estabelecimento

Com o nome de estabelecimento a doutrina dominante tem ao contrário indicado mais precisamente, não o complexo de relações jurídicas, que são a arma do empresário no exercício da sua

(20) A única hipótese em que o patrimônio aziendal encontra, no novo Código, disciplina especial como patrimônio separado, é aquela da administração judicial prevista pelo art. 2091.

(21) Fadda e Bensa, Note alle Pandette di Windscheid, I, 2, p. 491 e s. La Lumia, Tratato di diritto commerciale, p. 222; Ascarelli, Istituzioni, p. 40, Wieland, Handelsrecht, p. 224; Pisko, Lersbuch des Oest. Handelsrecht, p. 55.

(22) Fadda e Bensa, loc. cit.

(23) Vide autores citados na nota 20. C. Greco, Profilo, p. 51. No mesmo sentido Soprano fala do estabelecimento como "entidade patrimonial" (*op. cit.* n. 75).

atividade empresarial, isto é, o patrimônio aziendal – mas o complexo de *bens* (materiais e imateriais, móveis e imóveis, e segundo alguns, também os serviços) que são os instrumentos de que o empresário se vale para o exercício da sua atividade empresarial. O estabelecimento neste sentido, como se nota, é considerado como uma unidade econômica, mas não jurídica (as chamadas teorias atomísticas da *azienda*)[24] para outros, ao invés, como *universitas rerum*[*25] ou como objeto de direito *sui generis* para determinados efeitos.[26] A estas teorias contrapõe-se: a teoria que considera o conceito de *azienda* – como objeto autônomo de direito essencialmente no elemento (bem imaterial) da *organização* dos diversos instrumentos da produção e, logo, do aviamento.[27]

11. Posição do Código

Não pretendo, aqui, tomar posição a respeito destas diversas teorias, do ponto de vista dogmático. Limito-me a realçar que a noção de estabelecimento, dada pelo código, "complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa" (art. 2555) considera certamente a *azienda* como *res*. Porém é verdade que sob o título "da azienda" e em outras disposições (ex. art. 2112) o código não dá somente a disciplina do estabelecimento, como definido no art. 2555, mas dá também, sob certos aspectos, a disciplina do patrimônio aziendal, como complexo de relações jurídicas, de que se vale o empresário, no exercício da sua atividade empresarial. Os dois conceitos de *patrimônio aziendal* (complexo de relações jurídicas) e de *azienda res* (complexo de bens) resultam, portanto, consagrados pelo novo código. Poder-se-á discutir se o estabelecimento, como complexo de bens, segundo o novo código, integra-se no conceito de "universalidade de móveis", como definida no art. 816, ou seja, um objeto de direitos *sui generis*, e, neste último caso, se o seu núcleo essencial não é, verdadeiramente, o elemento imaterial, constituído pela organização e pelo aviamento (neste sentido, no texto da exposição ministerial foi, oportunamente, suprimida a qualificação de *azienda* como *universitas rerum*). Poderá, outrossim, ser discutido se o que é disciplinado pelo código como patrimônio aziendal possa, por sua vez, ser circunscrito a certos efeitos como objeto autônomo de direitos, ponto de vista não novo da doutrina (vide Fadda e Bensa, loc. cit.), ao qual, substancialmente, retorna Santoro-Passarelli, ao configurar a *azienda* como centro de interligamento ou conexões de

(24) Scialoja, Foro it., 1883, I, 1906; Barassi, Diritti reali, p. 151; Messineo, Ist. § 28 Ascarelli, Ist., p. 41.

(*) Neste mesmo sentido encontramos, na doutrina brasileira, Barreto Filho, Oscar in *Teoria de Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Max Limonad. 1969.

(25) Neste sentido a doutrina dominante; Vivante, Tratt., II, n. 842; Navarrini, Tratt., II, n. 1418; Coviello, Manuale, p. 259; Rocco, Principi, p. 275; Recondi, Diritto Industriale, 29.

(26) Neste sentido Ferraza, Trattato Dir. Civ. n. 170, considera a azienda como organização de coisas ou instituição (aderente Valeri, nesta revista, 1928, II, p. 108); Casanova, Studi sull'azienda, p. 105, considera o estabelecimento como uma conexão de bens com destinação complementar; Barbero, Le universitá patrimoniali, n. 103, vê no estabelecimento um particular modo de considerar os bens que o acompanham com particulares efeitos; Carnelutti, Le Nuove Posizioni, p. 62, parece considerar o estabelecimento como uma síntese *sui generis* de duas *universitates rerum et personarum*.

(27) Isay, Das Recht Unternelrans, p. 10, 27, Pisko, Lehrbuch, p. 56; Muller – Ezbach. Destsches Handelsrecht, I, p. 72; Thaller – Percerou, Traité I, n. 59 e s.

relações jurídicas.[28] Mas não há dúvida que, sobre a base do código, a distinção já feita pela doutrina precedente, entre o conceito de patrimônio aziendal e de *azienda* em sentido estrito, conserva todo o seu valor. De resto a distinção corresponde à realidade das coisas, a qual ensina que nas diversas relações jurídicas (de gestão, de transferência etc.) pode ser deduzida seja a *azienda* como *res*, seja a *azienda* como patrimônio aziendal (compreendidos, portanto, os débitos). A disciplina dada pelo código no título VII do *libro del lavoro* tem por objetivo só esta colocação: que o código considera normalmente implícito na transferência do estabelecimento como *res* também a transferência, em certos limites, do patrimônio aziendal; porém o código deixa, em relação à matéria, à autonomia privada, as mais amplas margens de liberdade.

Todavia, introduzido no código o *nomen iuris* de *estabelecimento*, para designar o fenômeno econômico de empresa sob o perfil objetivo, este *nomen iuris* vincula o intérprete a não usar em sentido jurídico a palavra "empresa" no significado que o código dá à palavra "estabelecimento"; mesmo porque a titularidade do direito sobre o estabelecimento, conquanto normalmente pertencente ao empresário, pode separar-se do empresário, como no caso de usufruto e de aluguel do estabelecimento, em que o empresário – aquele que exercita a atividade empresarial – é o usufrutuário, ou o arrendatário, ainda que conservando, o nu-proprietário e o locador, a titularidade do próprio direito sobre o estabelecimento. Neste sentido não podemos seguir Mossa, que usa a palavra empresa ou estabelecimento como sinônimos.[29]

Menos ainda podemos seguir Santoro Passarelli, que considera a empresa como uma particular *species* do *genus* estabelecimento, no sentido que *azienda* refere-se a qualquer organização econômica (*azienda* doméstica, *azienda* de pequeno empresário, *azienda* profissional do não-empresário) e a empresa se refere, ao invés, somente à organização econômica do empresário ordinário, isto é, seria o estabelecimento do médio e grande empresário.[30] A terminologia adotada

(28) Santoro, Passarelli, op. cit., p. 14, 15. A novidade da tese de Santoro Passarelli estaria neste sentido: que o que ele chama "centro de referência de relações jurídicas" se acharia em uma zona intermediária entre o puro objeto e o puro sujeito de direito (n. 15). E isto porque com o conceito de patrimônio e de sucessões, na titularidade do patrimônio não se explicaria a permanência da proposta, da aceitação, do mandato, da representação, malgrado a mudança da pessoa do empresário, e não se explicaria também qual seja o bem tutelado pela lei na repressão à concorrência desleal. São dois argumentos que pouco provam. A sucessão na proposta, na aceitação, no mandato, na representação, já admitida por muitas legislações estrangeiras como princípio geral, independentemente de qualquer referência ao estabelecimento, foi sempre justificada também por nós (Bonfante, La sucessione nella promessa, nesta revista, 1927, I, 1), operando com o conceito de sucessão no patrimônio. A repressão à concorrência desleal, por outro lado, tutela a organização e o aviamento do estabelecimento, que a doutrina mais moderna sobre a azienda (aut. cit. nota 26) considera como o núcleo essencial do estabelecimento, autêntico bem imaterial objeto de direito.

(29) Mossa, Trattato, I, n. 387 e s.

(30) Santoro-Passarelli, op. cit., n. 9. C. Messineo, Inst. § 29; La Lumia, Tratt, n. 150. A distinção entre estabelecimento e empresa corresponderia à distinção que se faz na literatura germânica entre *Betrieb* e *Unternehmen*. Porém segundo a terminologia germânica, os conceitos de *Betrieb* e de *Unternehmen* não diferem por razão de dimensões, mas estão em dois planos diversos. *Betrieb* é a organização produtiva em relação aos seus fins técnicos (um

por Santoro Passarelli é uma terminologia pessoal, em contraste com aquela do código e, como tal, não nos parece a mais idônea para orientar o intérprete. A única coisa que se poderá dizer é que além da *azienda* do empresário, considerada pelo código, há outros tipos de *azienda* (ex.: a *azienda* do profissional intelectual) a que podem ser estendidas algumas regras ditadas pelo código para o estabelecimento do empresário.

12. Perfil corporativo: A empresa como instituição

Deixei, por último, a análise da empresa como instituição, segundo o nosso ordenamento corporativo e o novo Código Civil. Enquanto, segundo os diversos perfis acima examinados (empresa como empresário, empresa como atividade empresarial, empresa como patrimônio aziendal e como estabelecimento), a empresa é considerada do ponto de vista individualista do empresário, segundo o perfil corporativo, a empresa vem considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores. O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando — e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.

Que seja este o perfil corporativo da empresa, não se tem dúvida. Definem a empresa, neste sentido, a Carta del Lavoro (Dich. VII) quando fala de empresário como "organizador da empresa" e do empregado como "colaborador ativo da empresa"; a exposição de motivos do Código Civil, quando diz que a empresa no sentido instrumental é a "organização do trabalho no qual dá lugar a atividade profissional do empresário" distinguindo-a do estabelecimento "projeção patrimonial da empresa" (rel. n. 834; n. 1035); o texto do Código Civil quando sob o título "Do trabalho na empresa", Livro V, Tít. II, dá conjuntamente o estatuto do empresário e dos colaboradores na empresa; quando diz que o empresário é o "chefe da empresa" (art. 2086) e que os empregados têm perante o empresário a obrigação de obediência e fidelidade, com as relativas sanções disciplinares (arts. 2104, 2105, 2106); quando fala dos requisitos das diversas categorias dos colaboradores "em relação à estrutura da empresa" (art. 2095) e em numerosas disposições (arts. 2145, 2173, etc.).[30]

estabelecimento, um escritório), *Unternehmen* é a organização produtiva em relação aos fins econômicos (Heck, Nipperday-Dietz, Kommentar alla legge germânica sull'ordinamento del Lavoro, 3.ª ediz. p. 96-97).

(30) É certo o relevo de Santoro-Passarelli (p. 386) que a disciplina das relações do trabalho dependente é unitária, seja que se desenvolva na empresa ou fora da empresa. O código não diz diversamente, porque também tendo colocado — por razões de oportunidade — tal disciplina sob o título da empresa, a mesma disciplina se refere para as relações de trabalho estranho à empresa (arts. 2238, 2339). Porém, "o meio próprio no qual se desenvolve a relação de trabalho", tem-se por definição, empresa. Que além disso as relações de trabalho relativas à empresa, sob o aspecto patrimonial, entram no conceito de estabelecimento, no sentido amplo (*rectius* do patrimônio de azienda) é um outro modo de considerá-las.

Sob este perfil colhe-se de outra feita o substancial significado do princípio corporativo, que considera o trabalho como sujeito e não como objeto da economia: porque se o estabelecimento pertence ao empresário, da empresa, no sentido corporativo, formam parte, como sujeitos de direito, tanto o empresário quanto os seus colaboradores. Somente, sob este perfil, explica-se enfim a orientação da legislação corporativa em considerar os empregados, na empresa, como "associados" do empresário para um fim comum, donde a tendência a favorecer a participação dos empregados nos lucros da "empresa" e a criar adequados órgãos corporativos, mesmo no interior da empresa, que permitam aos trabalhadores participar no exame dos interesses comuns da empresa.

13. Noções de instituição

A consideração da empresa como organização de pessoas, para um fim comum, no sentido ora indicado, leva a enquadrar, juridicamente, a empresa na figura da "instituição".

A noção de "instituição" foi elaborada pela ciência do direito público, na Itália especialmente por Romano,[32] e anteriormente, na Alemanha, por Gierke,[33] na França por Hauriou.[34] Instituição é toda organização de pessoas — voluntária ou compulsória — embasada em relações de hierarquia e cooperação entre os seus membros, em função de um escopo comum. Cada instituição cria no seu interior um ordenamento elementar que ainda que reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, que é a instituição soberana, pode por sua vez considerar-se como um ordenamento jurídico de grau inferior (teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos de Romano).

O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição não significa personificação — nem perfeita nem imperfeita organização. Instituição e pessoa jurídica agem em direções diferentes. A outorga da personalidade jurídica a uma organização de pessoas tem, essencialmente, o escopo de se atribuir a um sujeito, diverso dos indivíduos, as relações jurídicas externas da organização. O reconhecimento de uma organização de pessoas como instituição implica somente no reconhecimento de um determinado modo de ser, das relações internas entre os componentes da organização, em relação a um fim comum. Certamente, quando uma organização de pessoas é elevada, pelo direito, ao grau de pessoa jurídica, o fenômeno da personalidade pode absorver aquele da instituição, também nas relações internas (assim nas sociedades). Mas a vida de uma organização de pessoas, como instituição, é uma vida interna que por si mesma não implica, de nenhum modo, personificação.

O fenômeno jurídico da instituição tem interessado, particularmente, à ciência do direito público, porque, é no campo do direito público, onde — à parte a consideração do Estado como instituição — o fenômeno tem as suas manifestações mais eminentes (o Partido, o exército, a escola etc.). Mas também no

(32) Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1917, § 6. Rasponi, Il potere disciplinare, 1942, p. 57, Origone, su di una combinazione fra la teoria del diritto naturale e quella dell'instituizione, em *Scritti giuridici in onore di Romano*, I, p. 367.

(33) Gierke, Deutschs provatrecht, I, §§ 15, 18, 59.

(34) Hauriou, *Principes de droit public*, 1916, p. 48; Précis de droit constitutionnel, 929, I, 2, § 3. Renard, *La théorie de l'institution*, 1930.

cialmente naqueles setores que são afins ao direito público, e fenômeno de instituição já tem dispertado o interesse da ciência: exemplo típico de instituição é, certamente, a *família*.

14. Os elementos institucionais da empresa

Ora, a empresa, sob o perfil corporativo, oferece um exemplo típico de instituição. Na empresa como organização de pessoas, compreendendo o empresário e os seus colaboradores, concentram-se todos os elementos característicos da instituição: o fim comum, isto é, a conquista de um resultado produtivo, socialmente útil, que supera os fins individuais do empresário (intermediação, lucro) e dos empregados (salário); o poder ordenatório do empresário em relação aos trabalhadores subordinados; a relação de cooperação entre esses; a conseqüente formação de um ordenamento interno da empresa, que confere às relações de trabalho, além do aspecto contratual e patrimonial, um particular aspecto institucional.[35] Certamente a configuração da empresa como instituição toma relevo somente nas empresas de maiores dimensões; mas isto não impede de se considerar como instituição, também, a pequena empresa, de base familiar; pode-se dizer que, em tal caso, a empresa, como instituição, tende a coincidir com a instituição familiar.

É mérito, dos estudiosos do direito do trabalho, serem os primeiros a examinar o fenômeno de empresa sob o perfil institucional, na Itália, principalmente, Greco.[36] As conclusões de Greco merecem alguma reserva porquanto digam respeito às relações entre o conceito de empresa como instituição e aquele de estabelecimento. Segundo Greco o estabelecimento entraria novamente no conceito de empresa-instituição, como parte do todo. Ora, se com isso se quer dizer que a empresa como instituição não é uma organização de pessoas confinadas em uma área, mas uma organização de pessoas, na qual o empresário opera com bens que constituem o estabelecimento, diz-se uma verdade óbvia. Mas isto não quer dizer que as relações entre o conceito de empresa-instituição e o conceito de estabelecimento seja aquele do "todo" em relação a "uma parte". Trata-se de aspectos diversos do fenômeno econômico da empresa. O estabelecimento é objeto de direitos, em relação ao empresário; a empresa-instituição é uma organização de pessoas que não tem direitos próprios sobre o estabelecimento. O estabelecimento interessa, sobretudo, às relações *externas* do empresário com os terceiros; a empresa-instituição interessa às relações *internas* entre o empresário e os empregados. O conceito de empresa-instituição e de estabelecimento estão, desta forma, em planos diferentes.

Somente é verdade que a titularidade da empresa, em sentido econômico, significa em conjunto, no sentido jurídico, a titularidade do patrimônio aziendal e titularidade do poder de

(35) Santoro-Passarelli, p. 385 e nota 44, não esconde esta perfil da empresa, que também no ordenamento germânico do trabalho tem adquirido um relevo eminente, segundo a noção da *Betriebsgemeinschaft* (Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm cit. p. 23) de forma a não confundir com o genérico conceito de *Gemeinschaft* aplicado às situações contratuais. A *Betriebsgemeinschaft* corresponde precisamente ao nosso conceito de empresa-instituição. Então não vejo porque Santoro-Passarelli, p. 380, considera que o conceito de empresa-instituição seja "uma artificial noção legislativa, sem aderência com a realidade".

(36) Greco, Contratto di Lavoro, n. 24, 26; Profilo, p. 14 e autores citados ali, nota 2. Acrescente-se neste fase p. 33 – Valeri

mando na empresa-instituição. Assim, com a transferência do estabelecimento transferem-se, normalmente não só as relações patrimoniais do empresário com os empregados (art. 2112), mas também o poder ordenatório do empresário (através de uma espécie de investidura). Mas o complexo de relações patrimoniais e o poder de mando, que constituem o ponto alto do empresário, precisamente porque têm um conteúdo diferente – um atinente ao aspecto patrimonial e outro aspecto institucional da empresa – nada têm a ganhar em serem confundidos. De qualquer forma, o código não os confunde, mantendo-os distintos do conceito de empresa e daqueles de estabelecimento e de patrimônio aziendal.[37]

15. Conclusões

As observações precedentes pressupõem que se use o conceito de instituição no sentido técnico acima citado. Quando, ao invés, usa-se o conceito de instituição em sentido genérico, e se designa como instituição o fenômeno econômico da empresa em seu todo – como o conceito de empresa usado por Soprano[38] – então, no conceito de empresa, entra tudo: o empresário como sujeito, a atividade empresarial, o patrimônio aziendal e estabelecimento, a empresa como instituição em sentido técnico. Como colocado, a análise dos diversos perfis jurídicos da empresa, acima considerados, não pretende romper a unidade do conceito de empresa como fenômeno econômico e portanto como matéria de direito: que a empresa existe e vive como fenômeno econômico unitário, sem rupturas. Nem tais análises pretendem negar que, para certos efeitos, a disciplina jurídica da empresa abranja o fenômeno econômico de empresa sob todos os aspectos, assim por exemplo o que se prefere às distinções entre empresa e pequena empresa; entre empresa pública e empresa privada, entre empresa agrícola e empresa comercial. Mas a técnica do direito não pode dominar o fenômeno econômico da empresa para dar uma completa disciplina jurídica, sem considerar distintamente os diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que nela existem.

Neste sentido, deixando de lado a questão do vocábulo, as diversas opiniões da doutrina sobre o tema da empresa acima examinados, não obstante discordantes, são destinadas não a contrapor-se, mas, em certos limites, a completar-se; e a análise dos diversos perfis da empresa contém, já em si traçada, a teoria jurídica da empresa, a qual deveria precisamente compreender as seguintes partes: a) estatuto profissional do empresário; b) ordenamento

(37) Um instituto que no seu conteúdo econômico e social está no extremo oposto da empresa corporativa, mas que pode ser todavia utilmente evocado para entender os dois aspectos institucionais e patrimoniais da empresa (empresa-instituição e estabelecimento), é o instituto medieval do feudo rural, cuja titularidade importava além da titularidade de um complexo de direitos patrimoniais, a titularidade de um complexo de poderes soberanos. Neste sentido poderíamos dizer que também a empresa é uma esfera de senhorio (*Herrschaftsbereich*) (empresa sentido estrito) e uma esfera de patrimonialidade (azienda). Alguns autores operando com estes conceitos, pretenderam unificá-los no conceito de *Unternehmen* (assim Fhei. *Unternehmen* in *Rands de Rechtswissenschaft*, VI, p. 246, chegando-se aos estudos de *Oppikofer*). Mas, como reconhece o mesmo Oppikofer (*Das handmannische Unternehmen* in *Rechtsvergleichendes* Handw., VII, p. 24) também no direito germânico o conceito de *Unternehmen*, como estabelecimento, é usado somente no seu conteúdo patrimonial.

(38) Soprano, *Il Libro del Lavoro*, p. 30.

institucional da empresa; (disciplina o trabalho na empresa); c) disciplina do patrimônio aziendal e do estabelecimento; d) disciplina da atividade empresarial nas relações externas (relações de empresa).

Uma vez que a matéria mais viva e mais rica de conteúdo na teoria jurídica de empresa é dada pela empresa comercial, a construção desta teoria é sobretudo um dever – o novo dever – da ciência do direito comercial.[39]

(39) Fundamental para a história da doutrina comercialista da empresa é o recente volume de Mossa (*Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milão, 1942), ao qual pode recorrer, só parcialmente, neste trabalho.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SOCIEDADE ANÔNIMA – EMPRESA DE RADIODIFUSÃO E TELECOMUNICAÇÃO – EXIGÊNCIA DO ÓRGÃO PÚBLICO FISCALIZADOR – COMPROVAÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA DOS ACIONISTAS – DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR DE VENDA DAS AÇÕES QUE NÃO ATENDERAM À CONVOCAÇÃO – ILEGALIDADE

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Ementa. Direito comercial, sociedade anônima. Empresa de radiodifusão e telecomunicação. Exigência do órgão público fiscalizador. Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas. Convocação editalícia dos sócios, marcando prazo para apresentação de certidão de nascimento ou casamento. Deliberação assemblear de venda das ações dos que não atenderam a convocação. Ilegalidade. Lapso prescricional específico (arts. 156 do Decreto-Lei 2.627/40 e 286 da Lei 6.404/76). Ausência de impugnação tempestiva. Convalidação. Prescrição também do direito a haver dividendos distribuídos sob a forma de bonificação (art. 287, II, "a", da Lei 6.404/76). Inaplicabilidade da teoria geral das nulidades. Recurso provido.

I – Em face das peculiaridades de que se reveste a relação acionistas versus *sociedade anônima, não há que se cogitar da aplicação, em toda a sua extensão, no âmbito do direito societário, da teoria geral das nulidades, tal como concebida pela doutrina e dogmática civilistas.*

II – Em face disso, o direito de impugnar as deliberações tomadas em assembléia, mesmo aquelas contrárias à ordem legal ou estatutária, sujeita-se à prescrição, somente podendo ser exercido no exíguo prazo previsto na Lei das Sociedades por Ações (art. 156 do Decreto-lei 2.627/40, art. 286 da Lei 6.404/76).

III – Pela mesma razão não pode o Juiz, de ofício, mesmo nos casos em que ainda não atingido o termo ad quem *do lapso prescricional, reconhecer a ilegalidade da deliberação e declará-la nula.*

IV – Também o exercício do direito de haver dividendos, colocados à disposição dos acionistas sob a forma de bonificação, se submete à condição temporal (art. 287, II, da Lei 6.404/76).

STJ – 4ª T. – R.Esp. 35.230-0-SP – j. 10.04.1995 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar acompanharam os votos proferidos anteriormente.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Presidente – Ministro Sálvio de Figueiredo, Relator.

EXPOSIÇÃO – O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo: – Cuida-se de "ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com cobrança" proposta por Aryovaldo Guimarães Nogueira contra TV Globo de São Paulo Ltda.